

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La protection de l'information sur le régime des droits

Dusollier, Séverine

Published in:
Auteurs et Média

Publication date:
2002

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Dusollier, S 2002, 'La protection de l'information sur le régime des droits: un O.V.N.I. dans l'orbite du droit d'auteur', *Auteurs et Média*, Numéro 1, p. 14-23.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LA PROTECTION DE L'INFORMATION SUR LE RÉGIME DES DROITS: UN OVNI DANS L'ORBITE DU DROIT D'AUTEUR

Séverine Dusollier
Maître de Conférences - FUNDP

1. INTRODUCTION

La protection de "l'information sur le régime des droits" est certainement une des dispositions les plus anodines de la récente directive européenne sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information¹, du moins si l'on en juge par le peu de commentaires et de controverses que cette question a suscitées². Pourtant le concept est relativement nouveau. Sans doute a-t-il des résonances du côté du droit moral ou du faux artistique; mais fondamentalement, l'objet de la protection, soit la préservation de tout élément apposé sur l'œuvre qui permet l'identification de l'œuvre, des ayants droit ou des conditions d'utilisation, est bien plus large que ces institutions connues du droit de la culture. Et ceci mérite assurément qu'on s'attarde un peu plus longuement sur ce nouvel objet du droit d'auteur.

L'inattention que les commentateurs ont jusqu'ici consacrée à l'information sur le régime des droits se comprend facilement. L'article 7 de la récente directive, dans lequel a trouvé place cette forme de contrefaçon, rebute tout d'abord par sa technicité, ensuite par son hermétisme, pour finalement se réduire, dans bien des esprits, à une disposition bénigne, dont la transposition ne devrait requérir qu'une simple duplication dans les lois nationales.

Ce caractère inoffensif n'est pas qu'apparent. Il ne s'agit finalement que de prévoir une protection, civile ou pénale, contre la suppression d'éléments d'identification et de gestion des droits apposés sur les œuvres, ce qui à première vue s'inscrit dans une longue tradition de protection de l'authentification de l'œuvre et du droit moral de son auteur³. Ce serait toutefois un survol un peu rapide de cette protection qui révèle bien des nouveautés et promet quelques surprises. L'objet de cet article est d'en dévoiler quelques-unes, tout en expliquant la justification et le mécanisme de cette protection nouvelle en droit d'auteur. Auparavant, la notion d'information sur le régime des droits, énigmatique formulation s'il en est, mérite quelques éclaircissements.

¹ Directive communautaire 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *J.O.C.E.*, 22.6.2001, L 167/10.

² Cet article se base sur un exposé présenté lors du récent colloque sur la directive européenne 2001/29 et sur sa transposition en droit belge, colloque organisé par le CRID (Centre de Recherche Informatique et Droit –FUNDP) le 7 septembre 2001.

³ Sur le rapport entre information sur le régime des droits et droit moral, voir S. Dusollier, «Le droit d'auteur et son empreinte digitale», *Ubiquité*, 1999, p. 31-45.

Enfin, la transposition en droit belge de cette partie de la directive, particulièrement au travers de la proposition de loi déposée il y a peu par le Sénateur Monfils⁴ sera envisagée.

2. L'INFORMATION SUR LE REGIME DES DROITS: DEFINITION ET OBJECTIFS

On pourrait résumer le type d'informations visées par la directive par toute information relative à l'identification de l'œuvre ou facilitant la gestion des droits. Un des considérants de la directive expose parfaitement le contexte de l'article 7 en précisant que «l'évolution technologique facilitera la distribution d'œuvres, notamment sur les réseaux, et [qu']il sera par conséquent nécessaire pour les titulaires de droits de mieux identifier l'œuvre ou autre objet protégé, l'auteur ou tout autre titulaire de droits, et de fournir des informations sur les conditions et modalités d'utilisation de l'œuvre ou autre objet protégé, afin de faciliter la gestion des droits y afférents. Les titulaires de droits doivent être encouragés à utiliser des signes indiquant notamment, outre les informations visées ci-dessus, leur autorisation lorsque des œuvres ou d'autres objets protégés sont distribués sur les réseaux»⁵.

Les dispositifs auxquels se réfère ce texte sont nombreux et constituent des éléments indispensables dans des systèmes de protection de gestion des œuvres en ligne. On peut distinguer les éléments d'identification de l'œuvre ou de l'objet digital, autrement appelés identifiants des techniques permettant l'apposition de ces éléments sur le contenu, par exemple la stéganographie ou le cryptage. Cette distinction, nous le verrons, ne sera pas sans importance quant à la protection offerte par l'article 7 de la directive.

2.1. Les identifiants: de l'analogique au numérique:

Développés sur le même principe que les ISBN⁶, soit une série de chiffres identifiant l'éditeur, le pays de production et le produit et renvoyant à une base de données centrale, les identifiants numériques ont très vite été considérés comme une pièce centrale de l'architecture du commerce électronique et de la distribution des œuvres sur Internet. De nombreuses initiatives sont en cours dans ce domaine⁷. La Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs Compositeurs (CISAC)⁸ met en place des identifiants

⁴ Proposition de loi n° 2-704 modifiant la loi du 30 juin 1994 relative au Droit d'auteur et aux droits voisins dans le contexte du développement de la société de l'information.

⁵ Considérant 54.

⁶ Les ISBN ne sont pas les seuls identifiants dans le monde analogique. Parmi d'autres, l'ISSN identifie les périodiques et revues; l'ISMN les partitions de musique; l'ISRC les enregistrements audiovisuels et sonores.

⁷ Pour un panorama complet des identifiants, voir D. Gervais, «E-Commerce and Intellectual Property: Lock-It Up or License ?», in Hugh C. Hansen (ed.), *International Intellectual Property Law & Policy*, Volume 6, Juris Publishing, Inc., Huntington, 2001, Chap. 87, p. 1-19.

⁸ Pour le système développé par la CISAC ou Common Information System, voir le site de la CISAC <<http://www.cisag.org>>.

pour toutes sortes d'œuvres, de prestations et de contenus, sur le mode de l'ISBN. Il s'agit du Common Identifier System ou CIS qui a pour but, notamment, d'identifier les créations (sur ce point différents codes seraient appliqués à différents stades de la création, de l'œuvre jusqu'à la fixation et le produit en résultant), les parties intéressées (qui sont soit les titulaires de droit, les auteurs, producteurs, éditeurs, titulaires de droits voisins) ainsi que les contrats passés entre ceux-ci relativement aux œuvres. Ces systèmes d'identification ont pour fonction principale de faciliter la recherche des ayants droits dans des bases de données auxquelles renvoient les codes numériques apparaissant sur l'œuvre. La CISAC travaille en collaboration avec des groupements de producteurs pour l'élaboration de certains de ces codes tels que l'ISAN (international standard audio-visual number). L'ISWC (international standard work code) ou l'ISTC (international standard textual work code) sont d'autres exemples de codes numériques d'identification qui ont été développés. L'association des éditeurs a très vite lancé le système du Digital Object Identifier ou DOI⁹ qui vise à apposer sur chaque contenu digital un code identifiant le pays de production, le producteur et le contenu en question. Un code supplémentaire relatif à l'auteur, tel celui de la CISAC par exemple, pourrait être inclus dans le DOI.

D'autres organismes peuvent également développer un système interne d'identification et de gestion de droits sans prétendre à une standardisation internationale. Un autre exemple d'information sur le régime des droits est l'apposition de signaux ou codes intégrés dans l'œuvre afin de permettre le bon fonctionnement d'autres techniques de protection. Certains systèmes empêchent par exemple la copie de l'œuvre si cette dernière est marquée d'une certaine manière. Dans ce cas, ces signaux ou codes, joints à un exemplaire de l'œuvre, informent l'appareil de reproduction ou de lecture du statut de l'œuvre et des restriction d'usage qui s'y appliquent.

Toute autre information visant à identifier l'œuvre ou à préciser quelles en sont les conditions d'utilisation pourra être qualifiée d'information sur le régime des droits. L'on songe aux notices de copyright, qu'elles soient analogiques ou numériques. Nous en verrons quelques exemples plus loin.

2.2. Les techniques digitales d'apposition:

La différence essentielle des identifiants numériques, par rapports à leurs pendants analogiques, réside dans la facilité avec laquelle ces identifiants peuvent s'attacher à une copie numérique de manière indélébile ou invisible, renvoyer d'un simple clic de souris à une base de données complète, et être modifiés au fil de la vie de l'œuvre sans avoir besoin de produire de nouvelles copies de l'œuvre. Ces multiples avantages de l'entrée de l'identification dans l'ère numérique dépendent de la technique d'apposition utilisée.

⁹ voir le site <<http://www.doi.org>>.

La technique la plus courante, en raison du degré de sécurité qu'elle procure, est celle du *watermarking* ou tatouage¹⁰ qui permet d'insérer en filigrane certaines informations dans le code digital de l'œuvre. Ce marquage est en général invisible¹¹ et inaudible. Il n'affecte ni l'écoute de la musique ainsi marquée, ni la vision de l'image tatouée, ni le fonctionnement du logiciel dans le code duquel certaines informations ont été insérées. Cette inscription invisible est réalisée par la technique de la stéganographie qui peut être définie comme "*l'art et la science de communiquer de manière à masquer l'existence même de la communication*"¹². L'utilisation d'encre invisible constitue un exemple de cette science millénaire emprunté au monde analogique. Dans un environnement numérique, le *watermarking* modifie certains bits dits 'inutiles'¹³ d'une image ou d'un son. A l'aide d'un logiciel approprié, ce code numérique peut être extrait et déchiffré.

Le *watermarking* est dit fragile ou robuste. Dans le premier cas, toute modification de l'œuvre modifie l'information tatouée, de telle sorte que l'altération de l'œuvre laissera une trace indélébile, à l'insu de l'utilisateur, ce qui permettra à l'auteur de se constituer une preuve de ce changement. Les tatouages dits robustes ne permettent pas ce type de preuve et se contentent d'attacher certaines informations de manière indélébile sur l'œuvre. Un des buts essentiels du *watermarking* est de gérer les droits et licences relatifs à des contenus. L'œuvre licenciée à un utilisateur peut intégrer un code invisible identifiant la licence et l'utilisateur en question, ce qui permet de constituer une preuve de la source d'une copie illicite. Par exemple, si une image est donnée en licence à une société pour son seul usage interne mais que postérieurement l'auteur découvre une copie de cette image sur un site internet, le code inséré dans l'œuvre pourra constituer une preuve de la violation du contrat de licence.

Par le tatouage, un code, un identifiant, le sceau ou la marque du titulaire de droits ou du propriétaire de l'œuvre¹⁴, voire des informations bien plus complètes, accompagnent l'œuvre de manière indélébile.

La technique d'apposition de l'identifiant sur l'œuvre peut également être réalisée par une signature digitale, équivalent numérique de la griffe de l'auteur. Ici le procédé technique relève de la cryptographie.

¹⁰ Sur cette technique et ses conséquences juridiques, voir S. Dusollier, op.cit., note 3.

¹¹ Certains tatouages sont réalisés de manière extrêmement visible (cfr note 14), notamment pour dissuader la copie et la réutilisation des images dont la valeur commerciale est ainsi fortement dépréciée.

¹² R. Leymonerie, «Cryptage et Droit d'auteur», Les Cahiers de la Propriété Intellectuelle, 1998, Vol. 10 n°2, p. 423; voir également D. Guinier, «La stéganographie, De l'invisibilité des communications digitales à la protection du patrimoine multimédia», *Expertises*, juin 1998, p. 186-190.

¹³ Ces bits sont inutiles en ce sens que les images et les sons comprennent un grand nombre de bits dont la suppression ou la modification n'entraînent aucune conséquence perceptible pour l'auditeur ou le spectateur. Par exemple dans le cas d'une œuvre sonore, la ligne de code numérique permettant le marquage est insérée dans les bits de fréquence inaudibles pour une oreille humaine.

¹⁴ Un exemple est la Bibliothèque du Vatican qui a recouru au *watermarking* développé par IBM pour apposer, de manière visible, sur toutes les copies digitales de ses manuscrits le sceau de la bibliothèque Vaticane. En conséquence, les images des manuscrits sont consultables sur Internet sans que leur copie et leur réutilisation à d'autres fins ne présentent un réel intérêt commercial en raison de ce sceau qui barre toute l'image.

Les identifiants peuvent également être apposés sur l'œuvre ou apparaître en relation avec celle-ci tout en comportant un hyperlien qui renvoie à une base de données dans laquelle de plus amples informations sur l'auteur, son œuvre, le producteur, les conditions d'utilisation sont stockées. C'est là un des intérêts essentiels des identifiants numériques qui, loin de se contenter d'une ligne de chiffres inexpressifs, réfèrent directement et simplement à une masse d'informations qui peut notamment remplir un rôle de marketing non négligeable¹⁵.

3. L'INFORMATION SUR LE REGIME DES DROITS DANS LES TRAITES OMPI DE 1996

Dès le début du développement des systèmes d'identification numérique et autres technologies permettant le marquage et la protection de l'œuvre, les titulaires de droit ont craint que ces outils puissent eux-mêmes être défaits par d'autres technologies ou puissent être aisément modifiés ou enlevés. Cette préoccupation rejoignait la volonté de protéger les systèmes techniques de protection et de gestion des œuvres contre tout contournement et destruction.

Ce souci s'est traduit dans les Traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) de 1996 qui instituent une double protection aux mesures techniques, d'une part une protection des 'mesures techniques'¹⁶, d'autre part de 'l'information sur le régime des droits' ou 'Right Management Information'.

L'article 12 du Traité sur le Droit d'Auteur demande aux Etats de prévoir des sanctions juridiques appropriées et efficaces contre toute personne qui accomplit l'un des actes suivants :

- supprimer ou modifier, sans y être habilitée, toute information relative au régime des droits se présentant sous forme électronique;
- distribuer, importer aux fins de distribution, radiodiffuser ou communiquer au public, sans y être habilitée, des œuvres ou des exemplaires d'œuvres en sachant que des informations relatives au régime des droits se présentant sous forme électronique ont été supprimées ou modifiées sans autorisation.

L'information sur le régime des droits est définie dans les Traités de l'OMPI de la manière suivante : *«les informations permettant d'identifier l'œuvre, l'auteur de l'œuvre, le titulaire de tout droit sur l'œuvre ou des informations sur les conditions et modalités d'utilisation de l'œuvre, et de tout numéro ou code*

¹⁵ Par exemple, en donnant à l'utilisateur des informations sur la carrière de l'auteur, sur les autres produits disponibles, en mettant à sa disposition les textes des chansons, etc.

¹⁶ Voir sur cette protection des mesures techniques dans le Traité OMPI et les transpositions qui en ont été faites en Europe, aux Etats-Unis, en Australie et au Japon, S. Dusollier & A. Strowel, «La protection légale des systèmes techniques : Analyse de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur dans une perspective comparatiste», *I.R.P.I.*, 2001, à paraître.

représentant ces informations, lorsque l'un quelconque de ces éléments d'information est joint à l'exemplaire d'une oeuvre ou apparaît en relation avec la communication d'une oeuvre au public».

La déclaration accompagnant les Traités précise en outre que la protection de l'information relative au régime des droits ne présuppose aucune obligation d'insérer ce type d'information dans l'oeuvre. La précision n'est pas inutile. Il n'est en effet pas question d'interpréter cette protection nouvelle en droit d'auteur de telle manière que les Etats puissent imposer des formalités non permises en vertu de la Convention de Berne, conditionnant la jouissance des droits relevant de la propriété littéraire et artistique¹⁷.

4. L'ARTICLE 7 DE LA DIRECTIVE

4.1. Justification et objectif

L'article 7 de la directive prévoit que :

«Les Etats membres prévoient une protection juridique appropriée contre toute personne qui accomplit sciemment, sans autorisation, l'un des actes suivants:

- a) supprimer ou modifier toute information relative au régime des droits se présentant sous forme électronique;
- b) distribuer, importer aux fins de distribution, radiodiffuser, communiquer au public ou mettre à la disposition des oeuvres ou autres objets protégés en vertu de la présente directive ou du chapitre III de la directive 96/9/CE et dont les informations sur le régime des droits se présentant sous forme électronique ont été supprimées ou modifiées sans autorisation,

en sachant ou en ayant des raisons valables de penser que, ce faisant, elle entraîne, permet, facilite ou dissimule une atteinte à un droit d'auteur ou droit voisin du droit d'auteur prévu par la loi, ou au droit sui generis prévu au chapitre III de la directive 96/9/CE.»

¹⁷ Certains commentateurs ont parfois compris cette disposition des Traités OMPI comme obligeant les Etats à exiger l'utilisation d'information sur le régime des droits, cfr D. Nimmer, «A Tale of Two Treaties – Dateline: Geneva – December 1996», *Columb.-VLA J.L. & Arts*, 1997, p.19. Le même auteur réitère son interprétation dans d'autres publications même s'il nuance son affirmation, dans une note de bas de page d'un article, en précisant que les Traités ne comportent aucune obligation d'apposer certaines informations sur l'oeuvre (D. Nimmer, «Aus Der Neuen Welt», *Nw U. L. Rev.*, 1999, p.199, note 16). Voir également la loi italienne L.248/2000 qui impose l'apposition d'un sceau délivré par la société d'auteurs SIAE, condition nécessaire à la protection pénale des droits des logiciels et oeuvres multimédia (Sur cette loi, A. Salvatori, «Il diritto d'autore e Internet: alcune note», *Cyberspazio e diritto*, 2001, Vol.2, p. 99-115).

4.2. Objet de la protection

La directive européenne sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information définit l'information sur le régime des droits, objet de la protection de l'article 7, par : «toute information fournie par les titulaires de droits qui permet d'identifier l'œuvre ou tout autre objet protégé, l'auteur ou autre titulaire de droits, (...) les informations sur les conditions et modalités d'utilisation de l'œuvre ou autre objet protégé ainsi que tout numéro ou code représentant ces informations».

La définition couvre tout élément d'information qui permet d'identifier l'œuvre, la prestation ou la base de données faisant l'objet d'un droit *sui generis*, son auteur ou tout autre titulaire de droits, ainsi que les droits, restrictions et conditions relatives à l'objet protégé. Le régime de droits concerne donc les trois pôles importants des droits de la propriété littéraire et artistique, soit leur objet, leur sujet et leur contenu.

L'information sur le régime des droits est donc bien plus large que la simple traduction technique du droit moral de paternité¹⁸. Notamment parce qu'elle inclut les informations relatives au producteur et autres titulaires de droits d'auteur dérivés ou de droits voisins sur le contenu digital. Ce qui a pu faire dire à certains auteurs que, par le biais de la protection de l'information sur le régime des droits, le producteur et autres titulaires de droit se voyaient reconnaître un "droit d'authentification", nouvelle modalité numérique du droit moral¹⁹. Toutefois, on se trouve loin là de l'application d'un véritable droit moral par la technologie, même s'il est curieux de penser que la généralisation de ces nouvelles méthodes de certification puissent consacrer de facto, peut-être même avec une effectivité supplémentaire que s'il s'agissait d'une consécration légale, une prérogative inédite des auteurs et surtout des exploitants des oeuvres.

La référence aux informations sur les conditions et modalités d'utilisation des œuvres permet de protéger les notices de copyright ainsi que tout message informant l'utilisateur de certains droits et restrictions²⁰. Il nous semble que les licences électroniques, autrement appelées licences *click-wrap*, accompagnant de plus en plus la diffusion des œuvres sur Internet et autres réseaux électroniques, sont également comprises dans cette formulation. En conséquence la suppression ou modification des termes d'une licence attachée à une

¹⁸ Sur ce point voir, S. Dusollier, op.cit., note 3.

¹⁹ Voir A. Dietz, «Rapport général sur l'authenticité en droit d'auteur», in *Droit d'auteur dans le cyberspace*, Journées d'étude de l'ALAI, Juin 1996, Amsterdam, ed. Otto Cramwinckel, 1997 («le watermarking et les autres systèmes techniques d'identification des oeuvres ne seraient-ils pas en train de déplacer le débat de la protection des droits moraux des auteurs vers l'instauration et la garantie d'un quasi droit moral des producteurs et autres exploitants économiques des oeuvres ?»); J. Ginsburg & J. Baumgarten, «Panel Discussion: Are there moral rights in Cyberspace?», in Hugh C. Hansen (ed.), *International Intellectual Property Law & Policy*, Volume 3, Juris Publishing, Inc., Huntington, 1998, p. 17/1-10; et plus récemment J. Ginsburg, «Have Moral Rights Come of (Digital) Age in the U.S.?», *Cardozo Arts & Ent. L.J.*, 2001, à paraître, qui se félicite de l'introduction par ce biais en copyright américain d'une protection de certains intérêts moraux —sans y voir nécessairement la consécration d'un véritable droit moral— des auteurs.

²⁰ Par exemple, un message ou un logo limitant l'usage d'un logiciel ou d'images à un but éducatif.

copie d'une œuvre constituerait une violation de l'article 7. Il en serait de même d'une redistribution de l'œuvre sans la copie de la licence en question²¹.

Tout code et numéro représentant ces informations sont également qualifiés d'information sur le régime des droits, ce qui suffit à démontrer une fois de plus, qu'on se trouve bien loin du seul droit moral de paternité. Cette mention vise tout particulièrement les identifiants du type de l'ISBN dont nous avons parlé plus haut.

Certains auteurs ont toutefois mis en doute la couverture de sceaux numériques, tels le tatouage de l'œuvre réalisé par la technique du *watermarking*, par cette notion de "code et numéro"²². Un *watermark* peut en effet ne comprendre aucune identification directe de l'œuvre ou de son titulaire, ni consister en un code ou numéro, mais simplement représenter une marque, logo ou, de manière plus abstraite encore, une altération du code informatique dont le déchiffrement requiert l'utilisation d'un logiciel spécifique. Dans ce cas, la question de la protection d'un tel sceau par l'article 7 de la directive peut se poser. Il nous semble que devrait prévaloir une interprétation raisonnable de la définition des information sur le régime des droits qui s'étend à toute information qui *permet d'identifier* l'œuvre, le titulaire de droits ou les conditions d'utilisation de l'œuvre (*je souligne*). Que l'interprétation du sceau ne soit qu'indirecte et non immédiate, ne devrait pas pouvoir empêcher la protection. Toutefois un doute subsiste quant à la protection effective de certains tatouages par cette disposition, doute que la jurisprudence ou la transposition dans les Etats membres pourraient être amenés à dissiper.

Une autre difficulté de la définition tient à l'absence de mention des hyperliens vers les informations d'identification. La loi américaine contient une telle référence qui permet de protéger, au titre de l'information sur le régime des droits, tout hyperlien apparaissant en relation avec l'œuvre qui renvoie l'utilisateur vers une base de données comprenant une identification complète. A l'instar des tatouages, l'avenir nous dira si cette incertitude créera des lacunes de protection préjudiciables aux auteurs.

4.3. La condition de l'apposition des information sur le régime des droits sur l'œuvre

L'article 7 *in fine*, prévoit que la protection s'applique lorsque que les éléments d'information visés à la définition sont joints à la copie ou apparaissent en relation avec la communication au public de l'œuvre. On vise donc tant les exemplaires de l'œuvre (matériel) que la représentation d'œuvres (immatériel).

²¹ L'importance pratique des dispositions relatives à l'information sur le régime des droits n'est donc pas négligeable, puisqu'une action contre un distributeur de logiciels ou autres œuvres pirates pourra utilement s'appuyer sur une suppression des licences ou autres notices d'utilisation.

²² D.Nimmer, «Puzzles of the Digital Millenium Copyright Act», *J. Copr Soc'Y*, 1999, p. 463.

Il peut donc s'agir d'un code ISBN inscrit dans le code digital de l'œuvre, ou par *watermarking* invisible, d'une notice de copyright apposée sur le bas d'une image ou inscrite en-dessous de l'image, d'une licence d'utilisation d'un logiciel qui apparaît lors de la tentative de téléchargement.

Dans un jugement récent américain²³, le juge n'a pas reconnu l'infraction de suppression des informations relatives au régime des droits car celles-ci n'étaient pas directement insérées dans l'œuvre. Un moteur de recherches, spécialisé dans la recherches d'images sur Internet, affichait les résultats de ses recherches sous formes de petites vignettes (*thumbnail size pictures*) reproduisant les photographies trouvées. Un photographe a poursuivi la société opérant le moteur de recherches pour contrefaçon et pour violation des obligations du DMCA relatives à l'information sur le régime des droits (*copyright management information*). S'agissant de ce dernier chef d'accusation, l'action se basait sur la suppression, lors de la reproduction des images sous un format réduit, des éléments identifiant l'auteur. Ces informations apparaissaient juste en dessous des photographies sur le site originel, et non dans le code numérique de l'image même. Pourtant la loi américaine équivalente à l'article 7 de la directive, précise de manière similaire que l'information ne doit pas forcément se trouver intégrée dans le code de l'œuvre mais peut apparaître en relation avec l'œuvre. Le juge aurait donc du logiquement conclure à l'application du DMCA²⁴.

Cette condition d'apposition sur l'œuvre soulève une question intéressante quant à la protection des techniques de *watermarking* mêmes. En effet, l'objet de la protection est l'information elle-même et non la technique par laquelle celle-ci est apposée sur l'œuvre. Ce qui rend la logique de l'article 7 très différente de la protection des mesures techniques relevant de l'article 6 de la même directive. Dans ce dernier cas, c'est le fait de désamorcer la technique même de protection qui est en jeu. Dans le cas de l'information sur le régime des droits, c'est le résultat de la technique de gestion des droits qui est protégée contre toute altération. La différence peut être subtile et a conduit de nombreux auteurs à conclure à la protection des techniques de tatouage par le régime de l'information sur le régime des droits. Contrairement à ce nous avons écrit ailleurs²⁵, nous croyons désormais que le *watermarking* ne pourra être protégé dans ce cadre que de manière très indirecte. Un exemple suffira à le comprendre.

Fin de l'année 2000, l'industrie musicale américaine, fière du nouveau système de protection qu'elle avait mis au point, le SDMI ou *Secure Digital Music Initiative*, a lancé un concours sur Internet pour tester la solidité de son dispositif. Il s'agissait de tenter de briser la protection du SDMI, principalement basée sur le *watermarking*. Six dispositifs de protection composant le SDMI étaient mis à la disposition des amateurs. Très vite, et à la grande surprise de l'industrie du disque, un chercheur de l'équipe du professeur

²³ *Kelly v. Arriba Soft*, 77F. Supp. 1116 (C.D. Cal. 1999).

²⁴ J. Ginsburg, «Copyright use and excuse on the Internet», *Columbia-VLA J.L. & the Arts*, 2000, p. 19-20 (dénonce l'erreur d'interprétation du DMCA opérée par le juge mais convient que l'appréciation de l'élément de connaissance, second facteur de rejet de l'action, était exacte et révèle une faiblesse dans la protection de l'information sur le régime des droits).

²⁵ S. Dusollier, op.cit., note 3.

Quisquater de l'Université Catholique de Louvain a "cassé" une des clés de protection, alors que les 5 autres ne faisaient pas long feu sous les efforts d'une équipe de l'Université de Princeton, sous la direction d'un autre spécialiste en cryptographie, le professeur Felten. Cette dernière équipe a transmis les résultats de cette recherche à l'industrie du disque mais a refusé la récompense de 10000 dollars afin de conserver les droits de propriété intellectuelle sur ces résultats. Quelques mois plus tard, le professeur Felten participait à une conférence internationale sur la sécurité informatique à laquelle il avait l'intention de diffuser le résultat de ses travaux en matière de sécurité du SDMI. C'était sans compter l'industrie musicale qui s'est empressé de lui envoyer une lettre le menaçant de poursuites sur base du Digital Millenium Copyright Act. Le professeur, craignant une procédure judiciaire coûteuse, s'est retiré de la conférence. Persuadé toutefois qu'il s'agissait là d'une restriction induite à sa liberté d'expression, le professeur Felten, financièrement soutenu par quelques associations de défense des libertés sur Internet, a contre-attaqué en juin 2000 en demandant en justice la reconnaissance de son droit à diffuser les résultats de ses recherches sur le SDMI²⁶. En l'absence d'une véritable plainte de l'industrie du disque sur base du DMCA, il est difficile de savoir dans quelle mesure la protection de l'information sur le régime des droits se serait appliquée²⁷. On peut certainement imaginer que, si les auteurs avaient poursuivi Felten, ils se seraient basés à la fois sur la protection des mesures techniques de contrôle des droits et d'accès à l'œuvre et sur l'altération de l'information sur le régime des droits. Or une question pourrait se poser. Le professeur Felten et les autres scientifiques dans ce concours n'ont altéré aucun élément d'information effectivement apposé sur l'œuvre. Ils n'ont que cherché à défaire le mécanisme qui, à l'avenir, permettra d'attacher, de manière indissociable, ces informations à des morceaux de musique diffusés sur Internet. Ce mécanisme leur a été fourni sans aucune application pratique, sans qu'il soit *in concreto* utilisé en connexion avec une œuvre. Le contournement du procédé de protection est-il compris dans le champ de l'article 7 dans cette hypothèse? Nous ne le pensons pas²⁸, dans la mesure où la condition d'apposition des informations sur l'œuvre n'est pas satisfaite.

L'est-il alors par l'intervention de la protection des mesures techniques prévue à l'article 6 de la directive ? Pas davantage si le tatouage se contente d'insérer des informations dans l'œuvre et n'accomplit aucune autre fonction de protection²⁹. Les mesures techniques sont en effet protégées si elles sont destinées à

²⁶ Fin novembre 2001, un juge américain a rejeté l'action du Professeur Felten. Nous ne disposons pas du jugement à l'heure où nous écrivons ces lignes.

²⁷ Voir sur cette affaire, P. Samuelson, «Anticircumvention rules : Threat to Science», *Science*, 14 Septembre 2001, Vol. 293, p.2028-2031.

²⁸ David Nimmer (M. B. Nimmer & D. Nimmer, *Nimmer on Copyright*, Matthew Bender & Co., 2000) arrive à une conclusion similaire quoique moins définitive, dans le cadre de la loi américaine. Toutefois, son raisonnement emprunte d'autres voies, notamment sur la possibilité qu'un *watermark* enregistrant seulement les altérations de l'œuvre puisse être qualifié de code ou numéro représentant les informations relatives à l'auteur, à l'œuvre ou à ses modalités d'utilisation. Voir sur ce dernier point, nos observations relatives à la définition de l'information sur le régime des droits.

²⁹ Ce qui n'est pas le cas dans le SDMI où le procédé de protection ne se contente pas d'insérer des identifiants dans le contenu mais contrôle également l'accès à l'œuvre.

empêcher ou à limiter les actes non autorisés par le titulaire d'un droit. Or un simple *watermarking* n'empêche et ne limite rien. Il ne fait que fournir les informations de manière passive ou, au mieux, de constituer une preuve de l'altération ou d'une copie d'une œuvre marquée³⁰.

Le *watermarking*³¹ ne serait-il donc pas protégé par la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information ? C'est la conclusion curieuse et inattendue à laquelle nous arrivons. Le *watermarking* constituait pourtant une des principales hypothèses de travail de l'Union européenne dans le cadre de la protection de l'information sur le régime des droits.

4.4. La protection des seules informations électroniques

La définition de l'information sur le régime des droits ne le dit pas expressément mais la lecture du premier alinéa de l'article 7 précise que la protection ne couvre que les informations se présentant sous forme électronique. Cette condition supplémentaire est du reste conforme aux Traités OMPI de 1996.

L'information sur le régime des droits se présentant sous un format analogique n'est donc pas protégée par la nouvelle disposition³². L'arrachage de la page d'un livre contenant la notice de copyright et les informations relatives à l'auteur et à la maison d'édition ne pourra donc pas être sanctionnée dans ce cadre, pas plus que la retransmission d'un film à la télévision qui omettrait le générique. La loi américaine comprend, au contraire, tous types d'information sur le régime des droits, qu'elles soient numériques ou non³³.

4.5. Etendue de la protection

La directive instaure une double protection. D'une part la suppression ou la modification de l'information sur le régime des droits doit être sanctionnée. D'autre part, les Etats devront adopter une protection contre

³⁰ Nimmer, op.cit., note 28, p. 12A-118.

³¹ Nous entendons par là le procédé technique et non les informations insérées dans l'œuvre par ce procédé, informations qui sont également appelées *watermarking* ou plus justement *watermark*. Nous avons vu toutefois que la protection de ce *watermark* ou tatouage par l'article 7 n'était pas certain non plus.

³² Elle peut toutefois l'être par des dispositions existantes. On songe notamment à l'article 80 al. 3 de la loi belge sur le droit d'auteur qui érige en délit l'application du nom ou du signe distinctif d'un auteur ou d'un titulaire de droit voisin pour des objets qui ne sont pas de lui. De tels objets seront alors considérés comme des contrefaçons. Cette sanction ne vise toutefois qu'à protéger la personne même de l'auteur et à empêcher les "fausses signatures" apposées sur les œuvres. L'apposition frauduleuse de toute information d'identification de l'auteur ou de tout code ou numéro représentant ces informations sera donc sanctionnée. La suppression de ces informations ne pourra par contre, pas être poursuivie sur base de ce texte. La protection est donc nettement moins large que la protection de l'information sur le régime des droits instaurée par la directive.

³³ Ce qui a permis à certains commentateurs d'élaborer des hypothèses en matière analogique qui démontrent la difficulté de l'application de cette protection dans ce cas, cfr D. Nimmer, «Puzzles...», op.cit., note 22, p. 418 et s.

la distribution, l'importation aux fins de distribution, la radiodiffusion, la communication au public ou la mise à la disposition des œuvres dont l'information a été supprimée ou modifiée sans autorisation.

La distribution ou l'offre d'équipements permettant ou facilitant cette suppression ne sont pas visées. Il y a là une autre différence fondamentale par rapport à la protection des mesures techniques de l'article 6. On peut regretter que ce texte ne prévoie pas l'interdiction des contre-systèmes qui se trouveraient sur le marché. Si l'utilisation de ces équipements pirates sera sanctionnée, il est parfois plus facile d'identifier et de poursuivre ceux qui font commerce de tels dispositifs illicites.

Le fait d'apposer des informations sur le régime des droits falsifiées n'est pas davantage visé, au contraire de la loi américaine. Dans ce cas, le préjudice subi par les auteurs pourrait être important mais ils devront se contenter d'autres dispositions de droit d'auteur telles que la violation du droit moral si les informations comprennent le nom de l'auteur, ou des dispositions relatives à la criminalité informatique, telles que le faux ou la fraude informatique³⁴.

Il n'y aura violation des dispositions protégeant l'information sur le régime des droits qu'en présence d'un élément intentionnel. Le texte de la directive le mentionne à plusieurs reprises puisque la personne doit accomplir ces actes sciemment, sans autorisation de l'ayant droit et en sachant ou en ayant des raisons valables de penser que, ce faisant, elle entraîne, permet, facilite ou dissimule une atteinte à un droit d'auteur.

Les Traités OMPI précisaient en outre que la connaissance devait être certaine pour que des sanctions pénales puissent être appliquées. C'est un élément qui n'apparaît pas dans le texte européen mais dont la sagesse devrait être suivie dans les transpositions dans les Etats membres. On tend trop souvent à élargir les sanctions pénales en matière de droit d'auteur, transformant presque automatiquement chaque violation du droit d'auteur en un acte de contrefaçon et oubliant par là le caractère exceptionnel du droit pénal.

Cette condition de connaissance risque de poser de nombreuses difficultés d'application. Certains cas seront certainement faciles à trancher. Ainsi en serait-il de la suppression de notices électroniques de copyright ou des licences électroniques lors de la distribution de copies pirates d'œuvres. L'affaire américaine *Kelly v. Arriba Soft*, que nous avons déjà évoquée, illustre un cas où cette condition de connaissance et d'intention est plus difficile à satisfaire. Le juge avait estimé que la reproduction des images, sans que l'hyperlien renvoyant à l'identification de l'auteur ne soit repris, ne démontrait pas une connaissance de l'atteinte aux droits qu'une telle suppression facilitait. Dans cette affaire, le fait que la reproduction des images ait été réalisée de manière automatique par le moteur de recherches pose en outre d'intéressantes questions sur la possibilité d'assigner une intention à une machine³⁵.

³⁴ F. de Villenfagne & S. Dusollier, «La Belgique sort enfin ses armes contre la cybercriminalité: A propos de la loi du 28 Novembre 2000 sur la criminalité informatique», *A&M*, 2001/1, p.

³⁵ Sur cette affaire et sur la difficulté de prouver l'élément intentionnel, J.Ginsburg, «Copyright use...», op.cit., note , p. 18.

5. QUESTIONS SUBSIDIAIRES : PROTECTION DE LA VIE PRIVEE

On peut également remarquer une certaine confusion dans la notion d'information relative à la gestion des droits telle que conçue par la Commission Européenne. Assez curieusement en effet, le considérant 57 de la directive enjoint aux titulaires de droit de respecter les dispositions de la directive sur la protection des données personnelles lors de l'utilisation de telle information qui permettrait la collecte et le traitement d'informations relatives aux habitudes de consommation des oeuvres par les utilisateurs. Or, il nous paraît difficile de soutenir qu'une collecte d'information relative aux modes d'utilisation des oeuvres puisse être déduite de la définition de l'information relative au régime des droits donnée par la directive. D'une part, parce la définition requiert que l'information soit *fournie par les titulaires de droit*, et non automatiquement collectée auprès des utilisateurs par le système technique. D'autre part, parce que ce profilage des utilisateurs n'équivaut en aucun cas à des *conditions et modalités d'utilisation de l'oeuvre*. En réalité, les systèmes techniques qui permettent un tel suivi des utilisations effectuées par les utilisateurs excèdent la simple fonction d'information sur la gestion des droits. A la limite, de tels systèmes pourraient être couverts par la notion de 'mesures techniques' visées par l'article 6 de la directive et c'est dans ce cadre seulement que le considérant devrait exiger le respect des dispositions relatives à la protection des données personnelles.

6. LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE EN DROIT BELGE : LA PROPOSITION DE LOI MONFILS

6.1. Le principe de la proposition de loi en matière d'information sur le régime des droits

La proposition de loi envisage d'insérer dans la loi sur le droit d'auteur du 30 juin 1994 un article 79^{ter}³⁶ qui serait formulé ainsi: «la suppression ou la modification sans habilitation de toute information relative aux régimes des droits sous forme électronique, et la distribution, l'importation aux fins de distribution, la radiodiffusion, la communication au public ou la mise à la disposition du public, sans y être habilité, des œuvres en tout ou en partie, sont poursuivies au titre des articles 80 et suivants».

Si cette disposition traduit l'esprit et l'objectif de l'article 7 de la directive européenne, elle adopte une formule bien plus courte qui n'est pas sans comporter quelques lacunes préjudiciables, selon nous, à la logique de la protection de l'information sur le régime des droits.

³⁶ Une première observation tient à l'endroit de la LDA où la protection de l'information sur le régime des droits sera insérée. L'article 79^{ter} suivrait en effet le titre sur la disposition relative à la conditions des étrangers et précéderait celui relatif à la contrefaçon. Il serait plus logique de l'insérer dans ce dernier titre, ainsi que l'avait fait remarquer Alain Strowel lors du colloque organisé par le CRID sur la directive, le 7 septembre 2001. Voir l'article de Strowel dans ce même volume.

6.2. Les approximations et lacunes de la proposition de loi.

Un premier élément manquant est l'absence de définition de l'information sur le régime des droits. En raison de la nouveauté de cette notion en droit d'auteur et droits voisins, une telle définition ne serait pourtant pas superflue. Nous avons vu combien la définition de la directive était précise et comportait de nombreux éléments et conditions. Il est notamment important de rappeler que l'information sur le régime des droits couvre tant les informations relatives aux titulaires de droits, au contenu et aux droits et conditions d'utilisation. Le fait que la protection ne s'applique que lorsque cette information est apposée sur l'œuvre ou apparaît en relation avec celle-ci mérite également d'apparaître expressément dans le texte de loi³⁷.

Le texte de la proposition de loi parle de la distribution des œuvres comme acte constitutif de contrefaçon. Il va sans dire qu'il faudrait préciser qu'il s'agit des œuvres dont les informations sur le régime des droits ont été supprimées ou modifiées.

En outre, un élément moral plus précis que l'absence d'habilitation, serait souhaitable. La directive exige un élément de connaissance. La personne accomplissant un des actes visés à cet article doit l'avoir fait sciemment, sans autorisation et «en sachant ou en ayant des raisons valables de penser que, ce faisant, elle entraîne, permet, facilite ou dissimule une atteinte à un droit d'auteur ou droit voisin». Cet élément de connaissance nous paraît indispensable. Certains systèmes d'identification ne sont pas indélébiles ou particulièrement robustes mais se contentent d'insérer dans le code numérique de l'œuvre certaines données qui apparaissent en relation avec l'œuvre. L'utilisateur pourrait, sans le savoir, enlever ces données par une simple manipulation informatique involontaire. Le législateur pourrait également se référer aux Traités de l'OMPI qui exigent, nous l'avons vu plus haut, que la connaissance soit établie et non présumée pour que des sanctions pénales puissent être prononcées. Ce serait aller plus loin que la directive même mais le principe d'exception du droit pénal exige une telle réserve.

Enfin, il n'est pas inutile de rappeler que la protection de l'information sur le régime des droits s'applique tant aux informations relatives aux œuvres protégées par le droit d'auteur, aux prestations couvertes par un droit voisin et aux bases de données investies d'un droit *sui generis*. Or, la proposition de loi, telle qu'elle est conçue, n'envisage l'insertion du régime relatif à l'information sur le régime des droits que dans la loi générale sur le droit d'auteur. Une transposition correcte de la directive exigerait de modifier de manière similaire la loi du 30 juin 1994 sur la protection des programmes d'ordinateur et la loi du 31 août 1998 sur la protection des bases de données.

Une dernière observation concerne les sanctions du régime de protection instauré par la proposition de loi. Puisque cette dernière qualifie de contrefaçon les actes de suppression, d'altération de l'information sur le régime des droits, de distribution d'œuvres démunies de ces informations, les sanctions de ces actes sont

³⁷ Cfr Supra.

forcément pénales. L'article 79^{ter} tel qu'il résulterait de la proposition évoque les sanctions des articles 80 et suivants. Ceci comprend-il l'article 87 relatif à l'action en cessation ? Cette action serait sans doute utile pour faire cesser les actes de distribution d'œuvres dont l'information sur le régime des droits a été omise ou altérée. La directive européenne dans son article 8 exige par ailleurs que les titulaires de droits dont les intérêts seraient lésés puissent intenter une ordonnance sur requête. L'action en cessation que nous connaissons en matière de droit d'auteur permettrait de satisfaire à cette obligation. Il est donc essentiel que le texte de la transposition le vise expressément.

7. CONCLUSION

David Nimmer avait intitulé un de ses articles «Puzzles of the Digital Millenium Copyright Act». Cette loi américaine contenait tant d'énigmes et de difficultés d'application qu'il était difficile au premier abord de deviner quel était le sujet précis de son étude. On penchait bien pour les dispositions du DMCA relatives aux mesures techniques de protection des droits et de contrôle d'accès aux œuvres, riches en devinettes, mystères et problèmes. L'objet de l'article était pourtant la protection, nouvelle en droit américain, des information sur le régime des droits et la perplexité de l'auteur de cet important traité sur le Copyright n'a pas manqué de nous étonner dans un premier temps.

Après plus ample réflexion et analyse sur cet étrange objet que sont l'information sur le régime des droits et sa protection dans la directive européenne sur le droit d'auteur dans la société de l'information, nous partageons finalement la même perplexité. Partant d'un développement technique encore peu connu mais en apparence simple, les rédacteurs de la directive ont mis en place une protection dont la complexité leur a sans doute échappé et dont certains éléments apporteront sans aucun doute d'étranges surprises. L'importance pratique de ces dispositions ne sera pourtant pas négligeable. Le législateur belge, en charge de la transposition de la directive, devrait en conséquence y accorder une attention particulière. La proposition de loi Monfils ne nous paraît pas, dans son état actuel, avoir mesuré toute l'importance et la difficulté de ces nouvelles dispositions.